

A PROTEÇÃO AMPLIATIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO JUDICIÁRIO: UM ESTUDO DE CASO DO RECONHECIMENTO PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO ACERCA DO DIREITO FUNDAMENTAL FUNERÁRIO

THE AMPLIATIVE PROTECTION OF FUNDAMENTAL RIGHTS IN THE JUDICIARY: A CASE STUDY OF THE SÃO PAULO COURT OF JUSTICE RECOGNITION OF THE FUNDAMENTAL RIGHT TO FUNERAL

Marco Antonio Loschiavo Leme de Barros¹
Gabriel Calil Pinheiro²

Resumo: Neste texto discute-se a proteção ampliati-va conferida aos direitos fundamentais pelo Judiciário brasileiro. Para tanto, são apresentados em primeiro lugar dois referenciais teóricos que permitem estudar esse tipo de proteção: a teoria dos direitos fundamen-tais de Robert Alexy e a tese do diálogo institucional. Ambos referenciais reforçam a importância do papel da deliberação no processo de tomada de decisão e arti-culação entre os poderes. Após essa compreensão, discute-se o caso do reconhecimento judicial do direi-to fundamental funerário por meio das decisões. O es-tudo foi desenvolvido a partir do exame quantitativo e qualitativo de julgados proferidos pelo Tribunal de Justiça de São Paulo. Constatação alcançada em rela-ção à temática foi que juízes adotam diferentes tipos de argumentos para justificar a existência ou não do direito fundamental funerário na solução dos litígios. Em alguns casos juízes não se preocupam em estabe-lecer um diálogo com as decisões passadas e sequer indicam os argumentos que justificam o reconheci-mento desse direito à luz do ordenamento, ainda que recorram aos distintos modelos de interpretação do Texto Constitucional. Ao final, considerando a omi-são legislativa e doutrinária sobre o tema, observa-se a ausência de clareza em relação ao tratamento do direito funerário, seja diante de problemas de delibe-ração entre juízes seja entre os poderes da Federação. Tal situação prejudica a coerência do discurso judicial e do próprio debate acerca do reconhecimento de um direito fundamental funerário.

Palavras-chave: Direito fundamental funerário. Diálogo institucional. Juiz. Interpretação. Argu-mentação jurídica.

Abstract: This article discusses the ampliative protection of fundamental rights carried out by the Brazilian Judiciary. First, we highlight the theo-retical framework of the study, namely Robert Alexy's theory of fundamental rights and the idea of institutional dialogue. Both references indicate the importance of deliberative procedures in deci-sion-making and articulation among the powers. Afterwards, we discuss the case of the judicial recognition of the fundamental right to funeral through the decisions. The study was developed from the qualitative and quantitative examina-tion of trials decreed by the São Paulo Court of Justice. We argue that judges adopt different types of arguments to justify the existence or not of the fundamental right to funeral. In some cases, judg-es do not care about establishing a dialogue with past decisions, neither to indicate the motifs for this recognition even though they adopt different models of legal reasoning. Finally, considering the Brazilian legislative and legal doctrine omission on this matter, it is observed the lack of transparency in relation to the treatment of the right to funeral, both before problems of deliberation among judges or among the powers of the Federation. This situ-ation compromises the coherence of judicial deci-sions and the debate about the recognition of a fundamental right to funeral.

Keywords: Fundamental right to funeral. Institu-tional dialogue. Judge. Interpretation. Legal reason-ing.

¹ Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo, com apoio da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo; foi pesquisador visitante na Universidade da Califórnia, em Los Angeles, EUA, e no Instituto Internacional de Sociologia Jurídica de Oñati, Espanha; Professor da Faculdade de Direito da Universidade Paulista; Largo São Francisco, 95, Centro, 01005-010, São Paulo, São Paulo, Brasil; marco.barros@docente.unip.br

² Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo; mestrando em Direito do Estado pela Universida-de de São Paulo; Pesquisador do Núcleo de Justiça e Constituição da Fundação Getúlio Vargas; gcalil@usp.br

Introdução

O direito funerário é um ramo excluído das pesquisas em geral pela comunidade jurídica no País, basta consultar os principais bancos de dados científicos³ – ao contrário de outras disciplinas sociais (destaque para a psicologia, antropologia e sociologia) – que já avançaram em pesquisas acadêmicas ou na formação de núcleos de pesquisa especializados nos temas da morte, do luto, das simbologias e experiências funerárias.⁴ No caso do direito, é possível apontar dois motivos que justificam a ausência do tema no debate jurídico no País: a desatualização legislativa e o papel diminuto da doutrina sobre o assunto.

Uma primeira razão é fruto da não sistematização e da complexidade da legislação sobre o direito funerário – identificado, aqui, como a desatualização pela omissão legislativa. Cumpre pontuar que no Brasil os municípios são responsáveis pelo exercício da competência legislativa e administrativa dos cemitérios e dos serviços funerários, conforme a previsão do artigo 30 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88) ao constituírem matéria de predominante interesse municipal.

As leis orgânicas municipais expressamente consignam o direito funerário como matéria de sua exclusiva competência legislativa e administrativa. É dever do município manter o funcionamento de cemitérios, ainda que haja serviços funerários prestados por particulares, além de fiscalizar, seja por meio de instalação e administração direta, seja sob o regime de concessão. Cabe também ao município a construção, implantação e administração de cemitérios, que podem ser feitas tanto por meio da administração direta quanto da indireta.

Diante dessa organização de competências é fundamental constatar a discrepância entre as realidades de cada município, pois em algumas localidades sequer existe legislação ou esta é desatualizada – o caso exemplar é do Município de São Paulo, que possui como principal marco legal vigente o Ato n. 326, de 21 de março de 1932, expedido pelo prefeito da época, Henrique Jorge Guedes, que sofreu sete alterações, sendo a última em 1971.

A grande diversidade e a desatualização dificultam e afastam o interesse da comunidade acadêmica jurídica brasileira – pouco orientada para a observação e descrição da realidade em prol de uma visão formalista. Fato é que muitos desses textos e atos legais funerários não refletem as necessidades e as práticas de um novo direito funerário em construção. Atualmente, os problemas dos cemitérios municipais em grandes cidades brasileiras ultrapassam a questão da superlotação

³ Uma pesquisa exploratória constatou uma ausência da temática nos sítios das principais bibliotecas das faculdades de Direito de São Paulo, respectivamente, PUC-SP, FDUSP e FGV, além de outros bancos de dados (repositório das dissertações e teses da CAPES e sistemas de arquivamento de periódicos como o *Journal Storage (JSTOR)*, *Hein Online*, *Social Science Research Network (SSRN)* e a *Revista dos Tribunais On-line*). As buscas cruzadas dos seguintes termos: “Cemitério”; “Consolação”; “Direito”; “Patrimônio”; “OSCIP”; “OSs”; “Terceiro Setor” e “Fundações Públicas” resultou em apenas 61 obras.

⁴ Alguns exemplos na Cidade de São Paulo são os grupos Laboratório de Estudos e Intervenções sobre o Luto (LELu/PUC-SP) e o Laboratório de Estudos sobre a Morte/IPUSP.

– importante questão colocada ao poder público no final da década de 1960 – para discutir novas destinações para ocupação dos cemitérios públicos.⁵

Cumprir não perder de vista que todo e qualquer instituto jurídico exige aprimoramento ao longo do tempo ou a criação de novos mecanismos em razão das demandas e das circunstâncias que lhe são propostas por meio das necessidades da gestão da vida quotidiana pela administração. O sinal da desatualização é uma forte evidência de que o direito legislado não se preocupou em avançar e modernizar a legislação funerária.

Uma segunda razão da ausência do debate na comunidade jurídica se relaciona com a doutrina e decorre do diagnóstico do isolamento do direito que indica que a origem dos problemas da pesquisa em direito no país reside em uma dupla justificativa, um isolamento secular dos cursos de direito em relação às demais disciplinas – o que prejudicou o ambiente acadêmico de produção científica das ciências humanas – e uma confusão entre pesquisa e prática profissional (NOBRE, 2004).

Na academia jurídica é perceptível a predileção em geral por glosa de textos legais em detrimento de uma produção científica-jurídica crítica, capaz de produzir avaliações relevantes sobre a realidade jurídica brasileira. Dessa forma, por exemplo, pouco se investiga sobre as contingências e os conflitos determinantes na produção legislativa ou nas decisões judiciais, enquanto se preza quase unicamente pela sistematização acrítica de resultados das produções legislativa e judiciária.⁶

O diagnóstico a respeito do isolamento do direito pode se agravar, no caso do direito funerário, justamente em virtude da caótica e desatualizada legislação funerária. Se a academia jurídica se preocupa principalmente com reproduções de pouco senso crítico a partir de dispositivos legais, é compreensível o seu pouco interesse em produzir conteúdo a respeito de uma área sobre a qual a legislação é confusa e demasiadamente antiga na maioria das vezes – reflexo direto do “tabu da morte” compreendido, tradicionalmente, como a pouca discussão ou o silêncio da temática da morte e dos usos dos cemitérios pela sociedade.⁷ Mesmo diante da ausência da academia jurídica pelos motivos

⁵ Basta considerar o projeto *Memória & Vida* acerca do estudo da constituição do Cemitério da Consolação de São Paulo como um parque de memórias, desdobramento das pesquisas firmadas pelo convênio entre a Fundação São Paulo/Pontifícia Universidade de São Paulo e a Superintendência do Serviço Funerário do Município de São Paulo. Disponível em: <<https://memoriaevidaconsolacao.wordpress.com/>>. Acesso em: 12 jun. 2016.

⁶ O caso do direito funerário na produção acadêmica no País não é exceção. Basta constatar que atualmente existe apenas uma principal obra doutrinária do assunto no Brasil, *Tratado do Direito Funerário* (SILVA, 2000). Além disso, uma parte da doutrina nacional afirma a não autonomia deste ramo, ora vinculando-o ao direito público, ora ao privado, ou a ambos. Tal argumento se baseia na grande amplitude do direito funerário, afinal pode tratar do regime jurídico do cadáver e dos funerais, da natureza jurídica das sepulturas e do direito de sepultura (*jus sepulchri*), da disciplina jurídica dos cemitérios, do direito funerário administrativo – englobando temas como salubridade e higiene pública, polícia funerária, administração das necrópoles e a dinâmica cemeterial, que aborda a retirada e exumação de cadáveres entre outros serviços funerários –, direito funerário registral, direito funerário tributário e o direito funerário penal, sobretudo implicando os seguintes tipos penais: impedimento ou perturbação de cerimônia funerária, violação de sepultura, destruição, subtração ou ocultação de cadáver, vilipêndio a cadáver e ofensa à honra dos mortos.

⁷ A ideia do “tabu da morte” encontra bases na filosofia, na sociologia e na psicologia. Diz Oigman (2007, p. 2248): “Os estudos sobre o fim da vida e a morte tornaram-se um campo de investigação da etnografia no início do século XX, a partir dos trabalhos de Durkheim, Mauss e Radcliff-Brown, entre outros. Segue-se um enorme período sem produção intelectual nesse campo e é somente a partir dos anos 1960/70 que são retomadas as reflexões sobre o tema. Este simbólico silêncio é também pensado pelos historiadores, sociólogos e antropólogos, e sob a seguinte perspectiva: a mudança na relação entre o homem moderno e a morte. A ocultação da morte e a exclusão de quem está morrendo tornam-se partes fundadoras do tabu que se erguia e que segundo Geoffrey Gorer, citado por Rachel Aisengart, destrona o sexo como então interdito.”

apontados, é possível observar na sociedade que o tema do direito funerário está se despertando para novas tematizações nas práticas jurídicas, como o caso do reconhecimento de um direito fundamental funerário pelos tribunais.

Cumpra salientar que direitos fundamentais são direitos públicos-subjetivos de pessoas físicas ou jurídicas, consagrados em dispositivos constitucionais e tendo como finalidade limitar o exercício do poder estatal em face da liberdade individual (DIMOULIS; MARTINS, 2014). Não obstante, muitas formulações dos direitos fundamentais são abstratas e genéricas, e dependem da interpretação judicial para as suas definições. Abstrações e generalidades são técnicas de formulações de textos legais que permitem proteger um número indeterminado de situações, possibilitando a sua aplicação pelo juiz em momento posterior à luz do caso concreto.

Ainda, abstração e generalidade também possibilitam, à luz do caso concreto, a proteção ampliativa dos direitos fundamentais, por exemplo ao reconhecer direitos específicos e não previstos de forma explícita no Texto Constitucional. Nesse sentido, como se poderá observar com maiores detalhes na seção 1.2, para além das previsões de direitos fundamentais contidas no Texto Constitucional, as decisões judiciais que conformam princípios colidentes, aplicando-os ao caso concreto, resultarão, elas mesmas, na criação de uma norma de direito fundamental para aquele caso específico (ALEXY, 2014). Eventuais decisões judiciais que contemplem uma proteção à temática do direito funerário a partir da interpretação de outros direitos fundamentais podem vir a culminar na criação de um direito fundamental funerário em casos concretos. É justamente dessa possibilidade que partem as investigações desta pesquisa.

Interessante é compreender que o reconhecimento do direito fundamental funerário apenas ocorreu recentemente e por meio judicial no Brasil. Serão abordadas, mais adiante, as consequências institucionais da pouca participação legislativa nesse âmbito, que conduzem à concentração judicial.

Para ilustrar o ponto é possível constatar que historicamente o cadáver é entendido como um valor do ponto de vista moral, cultural e religioso. No entanto, juridicamente, o Texto Legal não é explícito ao tratá-lo como um direito fundamental, vinculando-o a algum valor consagrado pelo direito e depende exclusivamente do reconhecimento judicial para sua proteção.

Aliás, a CRFB/88 nada estabeleceu expressamente sobre o direito funerário, embora tenham ocorrido diversos projetos de emenda ao Texto Constitucional – aliás, a primeira Constituição brasileira que abordou o tema do direito funerário foi a republicana de 1891, que disciplinou o assunto no seu artigo 72, § 5, determinando o caráter secular dos cemitérios e a administração pela autoridade municipal, porém nada determinado sobre o direito fundamental, e desde a Constituição de 1967 o tema do direito funerário não encontra nenhuma previsão expressa no Texto Constitucional.

Percebe-se, ademais, que o direito fundamental funerário é uma construção interpretativa e que depende das justificativas coerentes oferecidas pelos juízes ao julgarem casos concretos. Será possível perceber que tal direito aparece fundamentado com base em diversos dispositivos constitucionais – princípio da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III, CRFB/88), direito à vida

(artigo 5º, caput, CRFB/88), inviolabilidade da liberdade de consciência e de crença, proteção dos cultos (artigo 5º, inciso VI, CRFB/88), bem como proteção aos direitos da personalidade humana (artigo 5º, inciso X, CRFB/88), variando conforme a casuística.

O reconhecimento do direito funerário como status de norma fundamental assegura maior proteção ao cadáver e ao próprio ritual funerário. No entanto, como isso acontece? O propósito. Neste artigo é indicar como esse reconhecimento está atualmente acontecendo no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, apontando os fundamentos lançados nos votos dos juízes por meio de uma análise empírica das decisões judiciais, bem como problematizando a construção dessas soluções judiciais.

A análise proposta é de cunho predominantemente empírico, não havendo uma pretensão normativa de se definir o direito fundamental funerário em todas as suas possíveis dimensões. O intuito central, como mencionado, é verificar como tal direito vem sendo reconhecido e construído pelo Judiciário paulista em suas decisões. As considerações teóricas apresentadas guardam, nesse sentido, íntima relação com essa análise empírica, auxiliando na sua compreensão.

Ao final, o que está subjacente à discussão é entender os valores jurídicos protegidos pelo direito fundamental funerário e a necessidade de institucionalmente controlar a atuação do juiz por meio da argumentação jurídica, seja em razão da necessária produção da segurança jurídica e da própria tutela jurisdicional envolvidas na proteção desse direito, seja do necessário diálogo entre Judiciário e Legislativo. Trata-se de discutir as formas de deliberação entre os poderes.

1 Direito funerário como direito fundamental

Após mais de duas décadas, desde a promulgação da CRFB/88, é possível constatar a ampliação do rol de direitos reconhecidos pelo Judiciário, desenvolvendo esses direitos para além da previsão expressa nos textos legais. Nessa ampliação observa-se o emprego pelo direito de uma nova semântica capaz de acompanhar a dinâmica e as demandas da sociedade brasileira, como aquelas relacionadas à tutela dos direitos fundamentais.

Para tanto, antes de avançar no estudo, é necessário apresentar uma perspectiva evolutiva e teórica sobre os direitos fundamentais como um aporte normativo para o posterior debate acerca do levantamento empírico das decisões judiciais do TJSP. Neste texto adotam-se como referências duas teses que enaltecem a importância dos processos de deliberação para a tomada de decisão, a saber: a tese da fundamentalidade em decisões judiciais por Robert Alexy e a ideia do diálogo institucional.

1.1 Evolução das concepções sobre direitos fundamentais

Os direitos fundamentais são modernamente direitos públicos-subjetivos de pessoas físicas ou jurídicas (sujeitos), contidos em dispositivos constitucionais (fundamentalidade formal) e

tendo como finalidade limitar o exercício do poder estatal em face da liberdade individual (DIMOULIS; MARTINS, 2014).

Na visão jurídica-positivista clássica – que se restringe aos textos legais – um direito é fundamental se, e somente se, for garantido mediante normas que tenham a força jurídica própria da supremacia constitucional, e, portanto, a fundamentalidade de uma norma jurídica decorre em razão da sua forma (posição hierárquica no ordenamento) e não do seu conteúdo – afastando qualquer problema da ausência da historicidade (ou anacronismo) da afirmação dos direitos fundamentais.⁸

A noção indicada aponta para alguns outros desdobramentos que, *contemporaneamente*, atribuem novas dimensões para a teoria geral dos direitos fundamentais. Em especial se destaca a grande importância em relação à interpretação judicial com base em padrões e critérios objetivos de argumentação jurídica, considerando que as formulações dos direitos fundamentais são abstratas e genéricas e dependem dos juízes e tribunais para a sua aplicação e determinação de sentido à luz do caso concreto.

Tal perspectiva se justifica com o avanço das teorias da interpretação e argumentação jurídica, que se preocuparam em construir modelos argumentativos suficientes para assegurar uma racionalidade jurídica mínima.⁹ É dizer, o direito só pode ser aplicado por meio de um processo de interpretação sofisticado, que via de regra se baseia em padrões argumentativos (tópica, retórica ou lógica-jurídica) que não se encontram nos textos legais, para solucionar as questões controversas sobre a colisão de direitos.

Juízes tomam decisões com base em elementos extrajurídicos¹⁰ que transcendem a mera literalidade do texto legal e precisam ser filtrados pelo sistema jurídico. Não é possível restringir a atuação judicial à letra da lei, tendo em vista a possibilidade de desacordos sobre a aplicação do texto legal e sobre a impossibilidade de previsão de toda e qualquer situação em modelos de regras. Ao contrário, importante é controlar a atuação do juiz, que depende de avaliações valorativas por meio de um modelo institucionalizado.¹¹

⁸ Tal posição é defendida pela maioria dos constitucionalistas brasileiros que possuem como base teórica central a recepção dos textos do filósofo e jurista italiano Norberto Bobbio, em especial no texto *A Era dos Direitos* que afirma “[a] história tem apenas o sentido que nós, em cada ocasião concreta, de acordo com a oportunidade, com nossos desejos e nossas esperanças, atribuímos a ela. E, portanto, não tem um sentido único. Refletindo sobre o tema dos direitos do homem, pareceu-me poder dizer que ele indica um sinal do progresso moral da humanidade.” (BOBBIO, 2004, p. 60).

⁹ Deve-se lembrar que para a visão jurídica-positivista clássica o processo de interpretação é compreendido como o resultado de uma aplicação da norma jurídica por meio de processos silogísticos – visão interpretativa minimalista. É com a incorporação da virada linguística e do construtivismo metodológico no plano teórico do direito na segunda metade do século XX, sobretudo com a obra de H. L. A. Hart *O conceito de direito*, de 1961 – cujo sujeito é observador de si mesmo e a possibilidade de conhecimento se torna a possibilidade de observação sobre si mesmo – que a compreensão do direito se transformou da norma jurídica para o argumento jurídico. Diz Macedo Júnior (2014, p. 70): “[...] uma das maiores contribuições de Hart para a teoria do direito contemporânea do direito consiste na identificação e na valorização da dimensão interna das regras, ou o ponto de vista interno do direito, e na sua crítica ao positivismo jurídico precedente, em especial na formulação exemplarmente empirista de John Austin e Jeremy Bentham” (MACEDO JÚNIOR, 2014, p. 70).

¹⁰ A decisão com base em elementos extrajurídicos que aqui se refere significa simplesmente a consideração de orientações filosóficas, éticas, morais, etc., para se decidir um caso – orientações essas que escapam à relação de fundamentação silogística a que se remete o positivismo na maioria das vezes.

¹¹ Para a discussão do modelo institucionalizado de argumentação veja Scheraria e Struchiner (2016).

Não é possível que juízes recorram livremente às razões extrajurídicas. A exclusão e a ocultação desses fatores extrajurídicos (econômicos, políticos e sociais) somente obscurecem o debate sobre a fundamentação das decisões jurídicas, uma vez que tais elementos se farão presentes nas decisões da mesma forma, sendo o caminho mais adequado buscar explicitá-los e compreendê-los. Nesse sentido, importante defender um modelo deliberativo e argumentativo institucional, que exige respeito às regras e procedimentos previamente estabelecidos. Deve-se, aqui, lembrar que o direito é uma área técnica e praticada por profissionais que respeitam a sistemática do direito e seguem modelos de interpretação e argumentação.¹²

Se o que é considerado como direito passa a transcender a literalidade da lei, importando considerar os sentidos compartilhados pelos profissionais da área, não basta considerar como direito fundamental somente aquilo que o Texto Constitucional prescreve como tal, abrindo-se o campo para a interpretação judicial nesse âmbito. Nesse sentido, uma teoria geral dos direitos fundamentais passou a admitir a limitabilidade dos direitos fundamentais que, muitas vezes no caso concreto, gera conflitos de interesses, e daí destacar que a aplicação dos direitos fundamentais envolve interesses extrajurídicos (DIMOULIS; MARTINS, 2014, p. 39-48) e que, por vezes, não são controláveis pelo direito; bem como abriu a possibilidade para o reconhecimento de outros direitos fundamentais não expressos no Texto Legal.

Superado o paradigma jurídico-positivista clássico, a partir das novas concepções da virada linguística e do construtivismo metodológico nas teorias do direito, ganha centralidade a atuação judicial na temática dos direitos fundamentais. Para além da concretização do sentido das disposições abstratas e genéricas dessas normas, é essencial compreender que a aplicação dos direitos fundamentais ao caso concreto também resultará em novas normas de direitos fundamentais – denominadas normas de direitos fundamentais atribuídas, como trabalhado pelo jurista alemão Robert Alexy. Isso quer dizer que são normas de direitos fundamentais não apenas aquelas positivadas no Texto Constitucional, mas também aquelas que, a partir de padrões e critérios argumentativos, o juiz interpreta e desenvolve argumentativamente a disposição positivada, aplicando-a ao caso concreto, como ficará mais claro na próxima seção.

Interpretar ganha destaque, pois é a técnica que permite fixar um sentido de um texto obscuro, sobretudo no caso do direito constitucional, que é formulado a partir de termos moralmente carregados e justificados a partir de diferentes valores sociais de fundo.

¹² Importante teórico que reforça a necessidade de estudar o direito enquanto prática argumentativa engajada é Ronald Dworkin, que critica toda tentativa de apresentar o direito como não avaliativo e metodologicamente neutro – problemas do convencionalismo e do aguilhão semântico na teoria do direito – para reforçar a importância de discutir as práticas reflexivas avaliativas sobre as decisões (DWORKIN, 2005, p. 64-77). Na visão dworkiniana o direito é uma prática interpretativa porque o seu significado depende de certas práticas argumentativas, socialmente compartilhadas, que o constitui. Diz Macedo Júnior (2014, p. 208) sobre o ponto que: “[...] compreender uma prática argumentativa sobre um conceito interpretativo envolve a compreensão do sentido que os agentes emprestam aos valores e aos argumentos que estão envolvidos nessas práticas e, portanto, à própria interpretação ‘interna’ (interior à prática) realizada pelos agentes.”

1.2 A fundamentalidade das normas de direitos fundamentais em decisões judiciais sob a perspectiva de Robert Alexy

Nesse cenário de valorização da atuação do juiz e das decisões judiciais, o estudo de Alexy ganha relevo. Esse teórico buscou mecanismos para que fosse possível decidir racionalmente em questões envolvendo direitos fundamentais, inclusive estabelecendo uma específica teoria da argumentação jurídica em detrimento de uma visão dwokiniana. Ao fazer isso, o juiz foi alçado à condição de protagonista, uma vez que ele passou a ter maior liberdade e suas próprias decisões nesse âmbito passaram a veicular normas de direitos fundamentais. Para compreender melhor esse fenômeno, imperioso conhecer seus pressupostos.

Segundo o jurista alemão, uma decisão racional é aquela que demonstre claramente os procedimentos e critérios utilizados para se chegar a determinado resultado. Isto é, uma série de procedimentos e critérios devem ser seguidos expressamente para que uma determinada resposta possa ser tida como racional. Ao se seguirem tais procedimentos e critérios, não haverá ao final uma única resposta certa, mas um leque de respostas possíveis.¹³

O método empregado por Alexy para a obtenção de decisões jurídicas racionais no âmbito dos direitos fundamentais é a máxima da proporcionalidade. Rememore-se que tal método somente é possível em virtude da concepção estrutural de normas que o teórico possui, lastreado pela teoria dos princípios. O jurista alemão divide essas normas entre regras e princípios. As primeiras trariam deveres definitivos em seu comando, enquanto os princípios trazem deveres a ser cumpridos *prima facie*. Assim, se regras são aplicadas ou não em sua integralidade, princípios são mandamentos de otimização a serem realizados na maior medida do possível, levando-se em conta as possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Um princípio P^1 somente terá preferência sobre outro P^2 desde que preenchidas determinadas condições. Da preferência de P^1 sobre P^2 nesse quadro condicional, não resultará a invalidade de P^2 , que apenas foi preterido em razão das condições presentes. Essa é a lei de colisão. Da preferência de um princípio sobre outro decorrerá uma regra para ser aplicada ao caso concreto – norma de direito fundamental atribuída.

Os direitos fundamentais, por serem princípios, possuem essa estrutura flexível que permitiria que fosse aplicado a eles o sopesamento típico da máxima da proporcionalidade. De modo breve, a proporcionalidade possui três subtestes que deverão ser aplicados pelo juiz, de modo que a resposta obtida a partir desse procedimento, independentemente de qual seja, será considerada racional. O primeiro dos testes é a adequação, em que se verifica faticamente se determinada medida é apta a fomentar a realização de um direito fundamental, quando em conflito com outro. O segundo

¹³ Diz o jurista alemão: “A vantagem da teoria do discurso está no fato de que suas regras, enquanto regras da argumentação prática racional, são substancialmente mais fáceis de serem fundamentadas que as regras morais materiais. Mas é necessário pagar um preço por isso: em si, o procedimento discursivo é compatível com os resultados os mais variados. Embora haja resultados discursivamente impossíveis e discursivamente necessários, sempre sobra um amplo espaço para o discursivamente possível.” (ALEXY, 2014, p. 259).

é o critério da necessidade, que analisa se existe algum outro meio menos gravoso e que realize determinado direito fundamental com a mesma intensidade. Por fim, a proporcionalidade em sentido estrito verificará, considerando as possibilidades jurídicas existentes, qual direito fundamental deverá prevalecer sobre o outro no caso concreto, realizando-se um sopesamento. Assim, um direito fundamental somente poderá prevalecer sobre o outro após a verificação de determinadas condições, que serão aferidas caso a caso por intermédio da máxima da proporcionalidade.

A decisão do juiz sobre qual direito fundamental prevalecerá sobre o outro, após a aplicação da proporcionalidade, resultará em uma norma para aquele determinado caso concreto. É a denominada norma de direito fundamental atribuída, que terá o mesmo valor e fundamentalidade que uma disposição constitucional que prevê expressamente um direito fundamental. Percebe-se, desse modo, o protagonismo de que goza o magistrado, uma vez que sua construção interpretativa e argumentativa, desenvolvendo as disposições constitucionais expressas de direitos fundamentais e aplicando-as ao caso concreto para reconhecer os direitos fundamentais protegidos.

1.3 O diálogo institucional e o direito funerário no Brasil

O direito brasileiro contemporâneo assume uma nova configuração cada vez mais complexa, na qual o eixo central é o processo de tomada de decisão e, por sua vez, assume uma exigência maior para a interpretação tendo em vista que novas situações jurídicas podem ser criadas, alteradas e modificadas por meio da atuação dos tribunais e de outros centros oficiais de interpretação, que podem ser considerados fontes reais produtoras de direitos para além do direito legislado.¹⁴ No caso dos direitos fundamentais, admite-se, aqui, uma abertura para a fundamentação de novos direitos com base nos parâmetros da interpretação constitucional e não expressos no Texto Legal, que resultarão, como visto, na produção de normas de direitos fundamentais pelos juízes.

Antes de adentrar nas análises dos dados produzidos, é importante resgatar algumas bases constitucionais do direito brasileiro capazes de sustentar o tema de estudo desta pesquisa, a saber: direito fundamental funerário. A principal base é o princípio do art. 1º, III, da CRFB/88 que diz respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana e, sem o objetivo de estabelecer profundas ilações – objeto de grandes reflexões no campo doutrinário –, cumpre apenas indicar que se trata de um valor que agrega em torno de si todos os demais direitos fundamentais e ao mesmo tempo se constata quando se propicia ao sujeito os elementos essenciais para a proteção e satisfação das suas vontades

¹⁴ O tema das fontes do direito se preocupa com a questão da origem e da produção do direito. Tradicionalmente afirma-se que as fontes podem ser divididas em duas categorias: fontes reais (ou materiais) e fontes formais. As fontes reais dizem respeito às práticas concretas que podem ensejar a produção de direitos não oficiais, em especial os usos e costumes que se consagram como um direito produzido pela sociedade, outros exemplos podem se vincular às atuações das autoridades que não exercem com exclusividade a função legiferante e, portanto, admite-se que juízes e administradores públicos em alguma medida e por meio das suas decisões também podem produzir direitos. A segunda categoria se relaciona propriamente com o processo legislativo, fonte por excelência do direito a partir do monopólio e controle do Poder Legislativo pelo Estado. Para uma discussão geral, veja Scheraria e Struchiner (2016, p. 49-68).

elementares – daí afirmar que são expansivos os âmbitos de proteção da dignidade humana, como educação, saúde, cultura, moradia, até mesmo aqueles que dizem respeito ao cadáver.

É possível admitir interpretativamente que tal princípio protege os direitos do homem sobre seu próprio cadáver e relacionados com seu funeral até os direitos não relacionados com seu sepultamento e com os direitos sobre o corpo de terceiros. Aqui é admissível cogitar que a pessoa possa dispor de seu futuro cadáver para fins humanitários, científicos, culturais ou religiosos, do mesmo modelo que lhe é assegurado dispor sobre os modos de seu sepultamento desde que não contrário à ordem moral ou jurídica – não há nenhuma ilicitude a determinação familiar, a título de exemplo, que mande mumificar ou embalsamar o cadáver, salvo disposição em contrário do falecido. Nesses casos, certamente é necessário fundamentar também em outros dispositivos que protegem os direitos fundamentais individuais e, portanto, pode-se afirmar que encontram base no direito à vida, à liberdade e à igualdade como previsto no art. 5º, caput do Texto Constitucional.

Apesar da possibilidade de reconhecimento judicial do direito fundamental funerário, sua legitimidade pode ser questionada. Isso traz à tona a velha questão sobre quem deve decidir sobre direitos fundamentais: o Judiciário ou o Legislativo? Sustenta-se que o Judiciário não seria legítimo para decidir sobre direitos fundamentais sobretudo pelo fato de ele não ser eleito democraticamente, dentre muitos outros argumentos. Logo, o Legislativo, eleito democraticamente, gozaria de tal legitimidade. Sem buscar adentrar no debate sobre a disputa pela última palavra, é interessante enxergar o direito fundamental funerário sob a lente do diálogo institucional.

A pesquisa compartilha o entendimento com o constitucionalista brasileiro Conrado Hübnner Mendes (2011) de que o diálogo institucional objetiva justamente romper com a disputa pela última palavra entre Judiciário e Legislativo, propondo que ambos se alternam no decorrer do tempo para oferecer respostas melhores para direitos fundamentais, considerando-se fatores de legitimidade política e institucional para tanto. Assim, a “última palavra” ganha contornos de provisoriedade, tendo em vista um processo constitucional deliberativo entre os poderes, repensando a própria lógica de separação de poderes. No contexto brasileiro, tem-se a concepção de que o Judiciário seria o “guardião entrincheirado” de nossa Constituição, aquele responsável por dizer o seu significado. Uma noção como essa traz problemas para a concepção deliberativa de separação de poderes, uma vez que concentra no Judiciário – sobretudo no STF – todas as esperanças nas respostas sobre direitos fundamentais, não sendo capaz de oferecer saídas para casos em que esse poder se equivoque.

Diante da pluralidade de cenários possíveis, uma visão que privilegia a deliberação entre os poderes parece oferecer melhores frutos do que aquelas que concentram todas as esperanças nas mãos de apenas um deles. Mesmo porque, a visão do Supremo como “guardião da Constituição”, por exemplo, pode gerar efeitos colaterais inversos, fazendo com que ele atue como um “guardião acanhado”, frente a sua incapacidade institucional de absorver todas as demandas adequadamente de modo isolado e ao demasiado peso político que suas decisões possuiriam. Aliás, o ideal, em termos deliberativos, seria uma oscilação entre pautas constitucionais “aquecidas” e “estabilizadas”, em que

Legislativo e Judiciário tivessem uma postura ativa, desafiando um ao outro em suas decisões, resultando desse processo uma resposta estabilizada consciente, potencialmente melhor e mais madura (MENDES, 2011, p. 220).

Ora, no caso do direito fundamental funerário, parece haver um razoável desinteresse por parte do Legislativo na sua definição, a julgar pela antiguidade da legislação e pela inércia legislativa na matéria, que resultam em uma pauta congelada de deliberação. Tal cenário explica a incorporação e construção de um direito fundamental funerário por meio dos juízes após a Constituição de 1988.¹⁵ Todavia, a principal dificuldade não é sua base normativa – previsão nos textos legais –, mas compreender como essas autoridades estão interpretando e fundamentando tal direito. Portanto, é necessário realizar uma análise empírica das decisões judiciais. Na sequência são apresentadas as escolhas e os caminhos para a construção da amostra da pesquisa empírica.

2 Metodologia

A composição da amostra de acórdãos analisada neste artigo foi formada por julgados extraídos do Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP). A opção por esse tribunal se justifica pela realização de uma pesquisa por meio de um convênio com a Prefeitura de São Paulo para aferir a viabilidade da exploração museológica do Cemitério da Consolação, que, por se encontrar no Município de São Paulo, terá boa parte das questões que poderiam versar sobre um “direito fundamental funerário” sob sua jurisdição.

A partir dessa delimitação, consultou-se o campo de busca de jurisprudência nas páginas desse tribunal, inserindo palavras-chave que pudessem demonstrar a existência de construções referentes ao direito fundamental funerário. Foram utilizadas as seguintes palavras-chave: jazigo e “direito fundamental”, cemitério, “responsabilidade civil” e cemitério, direito personalidade e cemitério, imagem e cadáver, sucessão e jazigo, sucessão e jazigo ou sepultura ou jazigo e abandono, jazigo e “responsabilidade civil”, jazigo e abandono.

Os resultados obtidos levaram a 8.326 acórdãos no TJSP.¹⁶ Portanto, em razão do grande número de acórdãos, optou-se por trabalhar com duas chaves de busca que fossem capazes de compor uma amostra significativa, suficiente e factível de casos que pudessem versar sobre direitos fundamentais funerários. Assim, foram utilizadas somente as palavras-chave jazigo e “direitos fundamentais” (79 acórdãos), em conjunto com imagem e cadáver (275 acórdãos), totalizando 354

¹⁵ Muito embora o debate sobre o diálogo institucional centre-se na figura da Corte Constitucional – o STF, no nosso caso –, sua análise também é válida para o Judiciário brasileiro como um todo, pelo fato de ser dada a todos os juízes a possibilidade de declarar a inconstitucionalidade de uma lei por meio do controle concreto-incidental de constitucionalidade. Não obstante, as variáveis do diálogo institucional nesse âmbito precisam ser investigadas com maior profundidade.

¹⁶ Último acesso ao banco de jurisprudência do TJSP realizado em 04 de abril de 2018. Vale destacar que o recorte temporal ficou limitado à disponibilização da database do tribunal, que via de regra se inicia no ano 2007. Todavia, vale destacar que o tribunal ainda esta realizando a migração de bases de julgados de anos anteriores, não sendo possível precisar a data inicial da pesquisa. Ademais, diante do baixo número de julgados selecionados, não foi necessário também realizar um recorte instrumental, sendo suficiente o recorte institucional adotado.

acórdãos. Após essa nova seleção, foi feita uma filtragem para que fossem analisados somente casos que tivessem real potencial de tratar da temática dos direitos fundamentais funerários, resultando em uma amostra de 38 acórdãos.

Ademais, o objeto de análise foram 38 acórdãos que compuseram o universo final de análise. As exclusões dos demais julgados ocorreram pelo fato de não discorrerem sobre questões próximas a eventual direito fundamental funerário. Entre as principais razões para a exclusão estão o fato de o acórdão tratar apenas da responsabilidade civil, sem qualquer menção a tal direito fundamental funerário ou algo próximo disso; discussões sobre questões puramente administrativas, como concessões, realização de obras ou prestações de serviço; e questões criminais e de acidente de trânsito.

A partir desse universo amostral é possível verificar se há de fato algum debate que possibilite a identificação de um direito fundamental funerário na jurisprudência desses tribunais, podendo contribuir para a discussão teórica sobre o tema.

Além da análise quantitativa, também se atentou para critérios qualitativos que possibilitassem uma observação crítica e que trouxessem resultados interessantes acerca do universo de pesquisa. Assim, variáveis como o reconhecimento de direitos fundamentais funerários, a coerência na decisão, a citação a precedentes sobre o tema e o fato de o direito fundamental funerário ser tratado como *ratio decidendi* ou *obiter dictum* foram utilizadas para atingir tal objetivo.

Por fim, destaca-se que as análises qualitativas foram realizadas por meio da leitura do inteiro teor dos acórdãos e com o mapeamento dos principais argumentos, extraindo as conclusões lógicas desses argumentos em face daqueles expressos nos votos.

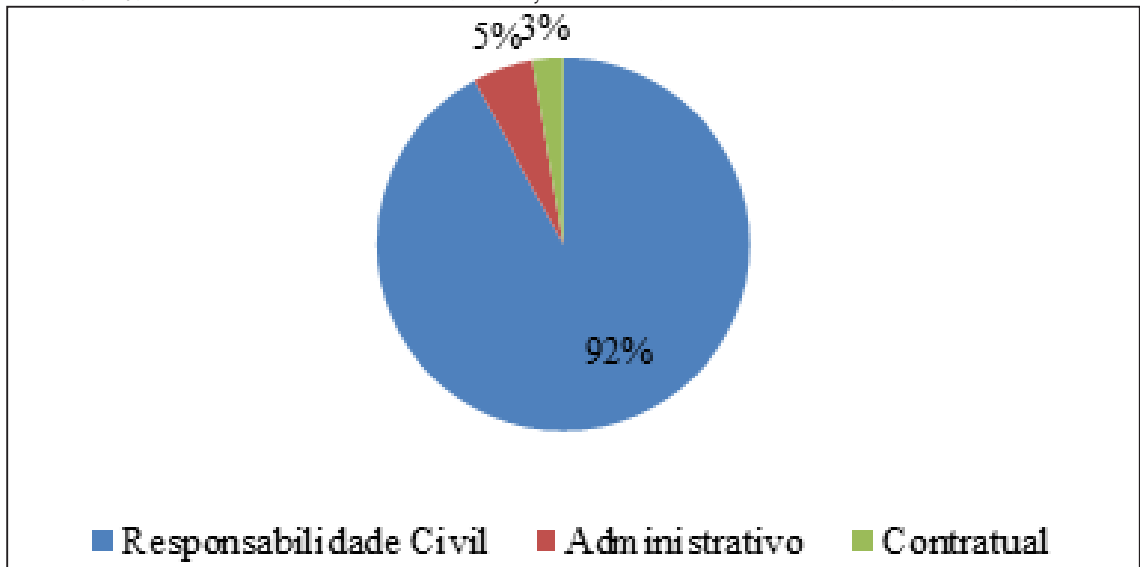
Além da preocupação com os argumentos, observou-se, quando possível, a forma pela qual esses argumentos foram interpretados. Para tanto, foi utilizada uma classificação tradicional no direito acerca dos diferentes tipos de interpretação, como: a interpretação literal, que busca o sentido textual de um diploma legal e de modo a se extrair dos sentidos oferecidos pela linguagem ordinária os sentidos imediatos das palavras empregadas pelo legislador; a interpretação histórica, que se baseia no contexto fático da norma, recorrendo aos métodos da historiografia para retomar o meio em que a norma foi editada; a interpretação sistemática, que considera a relação entre as diferentes normas jurídicas (tese do diálogo das fontes); a interpretação finalista, que avalia os fins sociais e bens comuns do direito e, ainda, a interpretação sociológica, que busca elementos extrajurídicos, mas que não se relaciona com os fins. Na sequência os resultados da pesquisa empírica são apresentados.

3 Análises dos dados

O estudo aponta que existe uma incidência do tema do direito fundamental funerário no TJSP em discussões sobre responsabilidade civil extracontratual, em especial envolvendo os familiares do falecido diante de abusos praticados contra ele em questões sobre publicação de imagens ou notícias, falhas de serviços prestados por bancos – no caso de inscrição do falecido em cadastros

de inadimplentes, após a morte –, funerárias, cemitérios particulares ou públicos – no último caso, geralmente responsável o município ou suas autarquias. É o que revela o Gráfico 1:

Gráfico 1 – Questão central enfrentada nos acórdãos do TJSP envolvendo a temática do direito fundamental funerário



Fonte: os autores.

Como se pode observar, questões atinentes à responsabilidade civil constituem a maioria predominante do universo de pesquisa. Nesses casos, um dos principais assuntos observados foi o esclarecimento sobre a legitimidade ativa do cônjuge sobrevivente para ajuizar ação sobre ameaça ou lesão a direito da personalidade em relação à pessoa morta. O debate é interessante na medida em que a existência da pessoa natural e, portanto, de todos os direitos personalíssimos a ela vinculados, cessam com a morte (art. 6º do Código Civil). Porém, o legislador também cuidou de proteger, de forma reflexa, o liame afetivo que o ligava ao falecido, sendo que o cônjuge sobrevivente é legítimo para ajuizar as medidas necessárias a coibir ou suspender a violação, bem como para reclamar perdas e danos, com base no art. 12, parágrafo único do Código Civil.

Em 16 dos 38 casos analisados o Tribunal mencionava o direito de reparar os danos decorrentes da exposição ou utilização da imagem que atingem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade do falecido, ou se tiverem caráter comercial.¹⁷ No entanto, nem sempre se constatou um interesse em fundamentar à luz do Texto Constitucional.

¹⁷ Discutia-se a existência ou não do caráter jornalístico atual e do interesse público da informação. Esse é o caso do processo n. 9103245-93.2008.8.26.0000, que diante do conflito entre o direito de personalidade do falecido vis-à-vis o direito à livre utilização da imagem e de informar pelo jornal. No seu voto o relator alegou a necessidade de observar alguns critérios sobre a imagem e informação: a) que tenha sido captada em local público ou de acesso ao público; b) que apresente caráter jornalístico-informativo atual; c) que tenha relação de contemporaneidade e conexão com a matéria. Em todos os casos observados sobre a responsabilidade civil envolvendo divulgação de imagem, o descumprimento dessas condições por parte de empresas jornalísticas provocou a condenação à reparação por danos morais. Cf. TJSP, Apelação Cível n. 9103245-93.2008.8.26.0000, 1ª Câmara de Direito Privado, rel. Alcides Leopoldo e Silva Júnior, j. 21/05/2013.

Em outros casos em que se discutia a contratação fraudulenta entre bancos particulares e um terceiro que se passavam pelo falecido, os juízes indicavam a proteção jurídica à imagem, nome, autoria, sepultura e cadáver do falecido. Nesses casos muitos sustentavam uma leitura restrita do art. 12, parágrafo único, do Código Civil para indicar que o fato da celebração dos contratos, cujo inadimplemento ensejou os registros desabonadores, ter ocorrido após o falecimento, assim como pelo fato de o banco ter encaminhado o nome do falecido aos cadastros dos órgãos de proteção ao crédito ensejavam o direito à reparação pelos danos em razão da violação desses direitos *post mortem*.

Ainda, poucos casos discutiam o direito ao luto, como no processo n. 0016889-25.2009.8.26.0451, que discutia a falha de prestação de serviço de funerária que, atabalhoada ao proceder traslado, cometeu erro e teve que retificá-lo, interrompendo o funeral e encaminhando o corpo para estabelecimento hospitalar, à comodidade do exame médico. Nesse último caso, para além da aplicação da teoria do risco e das regras consumeristas, o relator fundamentou o direito ao luto novamente à luz do art. 5º, inciso X, CRFB/88.¹⁸

As questões administrativas diziam respeito à desapropriação de áreas de cemitérios públicos e a regularização municipal do sepultamento. Caso interessante é o da Apelação n. 1052373-41.2014.8.26.0053, em que, embora se fizesse menção à dignidade da pessoa humana para os frequentadores do cemitério do Morumby, a desapropriação para a realização de uma obra de transporte público seria justificada em razão do benefício coletivo à dignidade da pessoa humana que ela traria:

AÇÃO ANULATÓRIA Decreto que declarou de utilidade pública, para fins de desapropriação, área parcial do Cemitério do Morumby. Inocorrência de violação ao princípio da dignidade humana - Necessidade de interpretação da Constituição em conformidade com os princípios do efeito integrador e da máxima efetividade - Decisão política que observa os preceitos de justiça social e função social da propriedade, buscando, ainda, concretizar os objetivos fundamentais da República - Escopo restrito de apreciação pelo Poder Judiciário Observância dos princípios da legalidade, da razoabilidade e da proporcionalidade, bem como do devido processo legal substancial, com participação democrática por meio de audiências públicas - Inexistência, ademais, de direitos absolutos, vez que pode haver restrições justificadas e bem conduzidas - Inaplicabilidade da tutela prevista nos arts. 209 do Código Penal e 21, "f", do Decreto Municipal nº 2.415/54 Agravo retido e recurso adesivo de apelação não conhecidos. Preliminares afastadas. Apelo da autora improvido. (TJSP, Apelação n. 1052373-41.2014.8.26.0053, 7ª Câmara de Direito Público, rel. Moacir Peres, j. 08/10/2015).

A única questão contratual versava sobre a abusividade de cláusula contratual que proibia a inscrição de frases bíblicas na lápide da contratante do serviço em questão.¹⁹ O ponto que merece destaque no caso é que o magistrado não reconheceu qualquer vínculo da proibição de inscrições religiosas na lápide com a liberdade de crença e outras questões religiosas, que poderiam se relacionar com aspectos culturais e religiosos de um direito fundamental funerário.

¹⁸ Cf. TJSP, Apelação n. 0016889-25.2009.8.26.0451, 8ª Câmara de Direito Privado, rel. Salles Rossi, j. 14/05/2010.

¹⁹ Cf. TJSP, Apelação Cível n. 0019148-15.2012.8.26.0248, 3ª Câmara de Direito Privado, rel. Alexandre Marcondes, j. 19/01/2015.

Apesar de nem sempre fundamentarem suas decisões em dispositivos constitucionais, em muitos casos é reconhecido um direito fundamental funerário, como demonstra o Gráfico 2:

Gráfico 2 – Reconhecimento do direito fundamental funerário por acórdão selecionado do TJSP



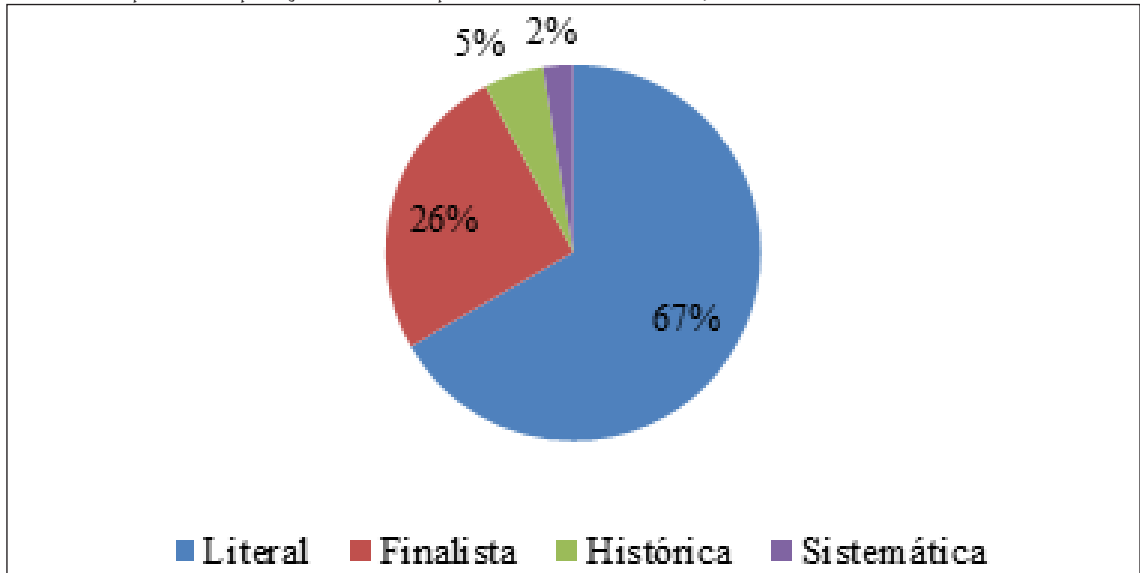
Fonte: os autores.

Esse reconhecimento a um direito fundamental funerário se ancora, na maioria das vezes, em desdobramentos dos direitos da personalidade. Mais precisamente, existiria um núcleo de proteção desse direito que abrangeria situações *post mortem*, como a imagem, a memória e a honra do finado. Outro tipo de argumentação encontrada é a referente à dignidade da pessoa humana, que também acolheria esse direito à inumação, como um verdadeiro direito humano.

Um aspecto que possivelmente se relaciona com esse alto grau de reconhecimento do direito fundamental funerário no âmbito dos casos aqui analisados é a centralidade deles como argumento para a decisão. Foi constatado que em mais de 70% das decisões o direito funerário constituiu a essência da decisão. De fato, se alçados ao patamar de um direito fundamental, tais direitos ganham inevitável relevância, fazendo com que muitas vezes sejam utilizados como argumento central para decidir determinada controvérsia.

Ainda, a partir do momento em que o direito funerário é visto como direito fundamental, torna-se extremamente relevante compreender de que modo isso é feito. Nesse sentido, o Gráfico 3 tem por objetivo demonstrar os meios pelos quais os magistrados interpretaram o direito fundamental funerário:

Gráfico 3 – Tipos de interpretação identificada por acórdão selecionado do TJSP



Fonte: os autores.

A predominância da interpretação literal é notável. As ponderações trazidas sobre o isolamento do direito em nossa cultura jurídica podem ser explicativas de tal fenômeno. Ora, se há um grande apego pela lei e pelos dispositivos legais, não é de se surpreender que a interpretação realizada pelos magistrados seja extremamente presa à lei.

Na maioria desses julgados, foram constatadas as leituras finalista e literal do art. 5º, X, ao preservar a inviolabilidade da imagem do falecido e garantir à família a indenização por dano material e moral, decorrente de sua violação. Daí se observou que a fundamentalidade de um direito funerário era justificada a partir da proteção dos direitos fundamentais individuais e das suas consequências práticas.

No caso das violações em razão da publicação das imagens, os juízes analisavam se existia no caso concreto um interesse público atual na divulgação daquela informação. Em outras palavras, era central saber se o fim daquela divulgação possuía um maior valor que o interesse da família do falecido. Portanto, os votos foram considerados finalistas ao se realizar uma avaliação com base nas consequências da divulgação. Em todos os casos não se constatou uma utilidade pública da divulgação da imagem capaz de justificar a limitação de um direito fundamental individual.

Ainda, na Apelação Cível n. 9084074-92.2004.8.26.0000, constatou-se uma interpretação histórica do relator para vincular e fundamentar esse direito da personalidade a partir do princípio da dignidade da pessoa humana. É indicado no voto:

Concebido a partir das elaborações doutrinárias de alemães e franceses, no Século XIX, o direito da personalidade compreende os direitos atinentes à tutela da pessoa humana, considerados essenciais à sua dignidade e integridade. Esse direito, segundo parte majoritária da doutrina, se compõe de dois grupos: aquele no qual se tutela os direitos à integridade física e os que tutelam os direitos à integridade

moral. No primeiro grupo estão o direito à vida, o direito ao próprio corpo e o direito ao cadáver. No segundo encontram-se o direito à honra, o direito à liberdade, o direito ao recato, o direito à imagem, o direito ao nome e o direito moral do autor. (TJSP, Apelação Cível n.9084074-92.2004.8.26.0000, 25ª Câmara de Direito Privado, rel. Amorim Cantuária, j. 13/03/2007).

Também é interessante notar, dentro dessa perspectiva de um desenvolvimento e reconhecimento do direito fundamental funerário, que aproximadamente metade dos casos não cita nenhuma decisão. Tal postura é negativa se se considerar que o reconhecimento judicial desse direito como um desdobramento da dignidade da pessoa humana e dos direitos da personalidade poderia ser facilitado se houvesse uma coerência nesse reconhecimento entre as decisões. É verdade que o simples fato de não existir citação a um caso passado não necessariamente significa que a questão atual está sendo decidida de modo distinto daquela. Entretanto, isso evidencia uma despreocupação dos magistrados com o raciocínio já construído sobre a temática e aumenta potencialmente a possibilidade de eventuais incoerências.

Considerações finais

A partir da amostra desta pesquisa foi possível constatar que o tema do direito fundamental funerário é reconhecido em casos concretos como um direito subjetivo individual de imediata aplicação e, portanto, goza de plena eficácia como qualquer outro direito fundamental individual previsto no artigo 5º da CRFB/88. Aliás, é exatamente isso que preceitua o jurista alemão Alexy (2014) ao dizer que as normas atribuídas de direitos fundamentais, decorrentes de decisões que envolvam tais direitos, gozam, elas mesmas, do status de direito fundamental. Nesse sentido, apesar da desatualização legislativa e da omissão da doutrina em relação ao tema, os juízes vêm desempenhando um papel importante no País ao afirmarem esse direito por meio das decisões judiciais. No entanto, é possível indicar alguns problemas relacionados sobre como a proteção ampliativa dos direitos fundamentais acontece.

Primeiro, constata-se o predomínio no Judiciário brasileiro de uma série de desacordos interpretativos. O que está subjacente à discussão é entender os valores jurídicos protegidos pelo direito fundamental funerário e a necessidade de institucionalmente controlar a atuação do juiz por meio da argumentação jurídica. No entanto, isso não acontece, já que os desdobramentos ainda são controversos seja em razão da necessidade do esclarecimento da natureza jurídica do cadáver, que pode ser considerado um direito da personalidade ou patrimonial, exercitável ou não após a morte, seja em relação ao direito ao sepultamento, compreendido ou não como um direito subjetivo e relacionando-o com o princípio da dignidade humana, bem como os seus efeitos após a morte, que em tese transfere aos herdeiros na qualidade de direito-dever de sepulta e, igualmente, ao Estado o direito-dever de sepultar.

Segundo, se analisada a situação do direito fundamental funerário sob a perspectiva do diálogo institucional, nota-se uma perda de potencial epistêmico de produção de melhores respostas para os problemas nesse âmbito. Ainda que as decisões de juízes consistam, por si só, normas de direitos fundamentais, ganhar-se-ia maior qualidade se houvesse uma interação deliberativa com o Legislativo, bem como maior clareza em relação aos desacordos interpretativos no Judiciário. O Legislativo, provavelmente por puro desinteresse econômico, é inerte no assunto, deixando nas mãos do Judiciário a interpretação de uma legislação antiga e anacrônica, que decide sem que haja uma interação deliberativa entre os poderes. O resultado desse processo é um desperdício de potencial, uma vez que as respostas fruto de uma interação deliberativa são mais propensas a maiores ganhos qualitativos.

Nesse sentido, ainda que considerando a pequena representatividade da amostra e sem o intuito de realizar generalizações, constatou-se também que nos julgados analisados a argumentação sofria uma série de problemas, inclusive em termos de indicações de valores e norma jurídicas como fundamentos para esse reconhecimento jurídico. Em outras palavras, observou-se um déficit argumentativo que prejudica a coerência do discurso e do próprio debate jurídico acerca do reconhecimento de um direito fundamental funerário.

Uma hipótese importante, para além das próprias perdas de potencial argumentativo em virtude da inexistência de uma deliberação, que pode contribuir como motivo para essa diferenciação, decorre de uma dimensão exagerada do princípio do livre convencimento motivado. É dizer, os juízes não apenas não se sentem adstritos aos fundamentos apresentados pelas partes ou pares, como também não se sentem obrigados a seguir os motivos presentes em decisões anteriores. Desse modo, há uma valorização exagerada da independência individual dos juízes, que se reflete na autonomia decisória de cortes em relação a instâncias superiores e gera como consequência a atomização do sistema judicial, bem como a escolha de diferentes fundamentos e modos de interpretação para a tomada de decisão.

No caso concreto do direito fundamental funerário, ainda prevalece uma incerteza acerca dos valores jurídicos que são utilizados pelos juízes para o reconhecimento desse direito.²⁰

O debate permanece aberto, e o convite é para o aprofundamento das análises das decisões judiciais sobre como acontece a proteção ampliada dos diferentes direitos fundamentais.

Referências

ALEXY, Robert. *Tèoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

²⁰ Aliás, tal incerteza marca a história da sociedade e os ritos funerários, basta lembrar a tragédia grega *Antígona* de Sófocles. Creonte e Antígona buscaram proteger suas distintas pretensões em relação ao direito ao sepultamento de Polínice. Subjacente à discussão jurídica prevalece um conflito de valores entre família e Estado; ou entre a justiça do cuidado com os outros e a justiça da correção.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

DIMOULIS, Dimitrious; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. *Do xadrez à cortesia: Dworkin e a teoria do direito contemporânea*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

NOBRE, Marcos. Apontamentos sobre a pesquisa em direito no Brasil. *Cadernos Direito GV*, São Paulo: Publicações EDESP/FGV, n. 1, set. 2004.

OIGMAN, Gabriela. Tabu da morte. *Cad. Saúde Pública*, Rio de Janeiro, v. 23, n. 9, p. 2248-2249, 2007. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-311X2007000900034&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 27 jun. 2016.

SCHECARIA, Fábio; STRUCHINER, Noel. *Teoria da argumentação jurídica*. Rio de Janeiro: Ed. PUC-RIO: Contraponto, 2016.

SILVA, Justino Adriano. Farias da. *Tratado de Direito Funerário*. São Paulo: Método, 2000. v. I e II.

Data da submissão: 27 de julho de 2016

Avaliado em: 21 de abril de 2017 (AVALIADOR A)

Avaliado em: 19 de novembro de 2017 (AVALIADOR B)

Aceito em: 09 de abril de 2018

